

A MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL

Semiramys Fernandes Tomé **RESUMO**

Este trabalho foi realizado através da análise da aplicação do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa durante a fase de Inquérito Policial, pelo fato de se possuir uma grande divergência entre a doutrina sobre esse assunto, apesar do entendimento majoritário se voltar para a inaplicabilidade destes princípios, em virtude do mesmo se tratar de um procedimento administrativo instaurado para colher elementos de informação que viabilizem a propositura da ação penal pela acusação, não sendo necessária a observância destes princípios, ao passo que só poderá falar de acusação a partir do momento da instauração do processo em face do indiciado. No decorrer da análise sobre o tema será explanado em contraposição aos fatos delineados acima, a importância da prevalência destes princípios, referindo-se a finalidade do estado garantista de fornecer aos indivíduos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e que devem ser conferidos de igual forma aos indiciados pelo cometimento de infração penal. O presente trabalho tem como objetivo fornecer uma análise da aplicação da ampla defesa e do contraditório durante a fase investigativa, ambos protegidos constitucionalmente, impondo-se à sua observância. Portanto, através desta pesquisa busca-se demonstrar a real importância do Inquérito Policial, do qual não deve ser visto apenas como mero procedimento, sendo que este embasa a opinião do titular da ação penal através de elementos colhidos durante a investigação, fornecendo provas a serem observadas durante a fase processual, e que mesmo de forma subsidiária servem como instrumento de convicção do magistrado. Em relação à metodologia utilizada para desenvolver o presente trabalho, foi-se utilizado a análise de obras e artigos que versam sobre o Processo Penal e Direito Constitucional no que tange aos seus princípios basilares.

Palavras-chaves: Procedimento. Inquérito Policial. Ampla Defesa. Contraditório. Processo Penal. Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

This study was conducted by analyzing the application of the adversarial principle and the Broad defense during the police investigation phase, because if you have a great divergence between the doctrine on this subject, despite the prevailing understanding to turn to the inapplicability of these principles because of that it is an administrative procedure initiated to gather information that would enable the filing of a criminal action by the prosecution, not requiring compliance with these principles while you can only talk of charge from the time of commencement of proceedings in the face of the accused. During the analysis of the topic, it will be explained in contrast to those outlined above facts, the importance of the prevalence of these principles, referring to the purpose of garantista state to provide individuals the fundamental rights provided for in the Federal Constitution of 1988 and should be checked equally to indicted for a criminal offense commitment. This paper aims to provide an application analysis of legal defense and the adversarial during the

investigative phase, both constitutionally protected by imposing its observance. Therefore, through this research seeks to demonstrate the real importance of the police inquiry, which should not be seen as a mere procedure, and this underlies the view of the holder of prosecution by elements drawn during the investigation by providing evidence to be observed during the processing phase, and that even so subsidiary serve as magistrate conviction instrument. Regarding the methodology used to develop this study was to use the analysis of books and articles that deal with the Criminal Procedure and Constitutional Law in relation to its basic principles.

Keywords: Procedure. Police inquiry. Wide Defense. Contradictory. Criminal proceedings. Fundamental guarantees.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho está voltado para a análise da perseguição criminal no âmbito do processo penal, demonstrando a importância do inquérito policial como instrumento utilizado pelo Estado para promover a paz social, presidido por um delegado de polícia com o intuito de combater infrações penais; bem como na aplicação de sanção punitiva na prática desses delitos, abordando a aplicação ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a investigação pela polícia judiciária, ao passo que a doutrina e jurisprudência possuem uma grande dicotomia sobre o assunto, propondo uma enorme importância ao estudo desse tema.

O inquérito policial, por se tratar de um procedimento administrativo anterior a propositura da ação penal, e sendo este o fornecedor de elementos de informação do delito, foi tido como objeto desta análise através do estudo minucioso de legislações, doutrinas e jurisprudências que versassem sobre o tema.

Este procedimento tem suas raízes no modelo inquisitório presente no Brasil durante a Idade Média, e possui como maior característica um modelo em que não se percebe a presença dos direitos e garantias fundamentais, tratando-se de um procedimento sigiloso, escrito, entre outros. No Brasil, adota-se o sistema misto, ou seja, durante a fase investigativa é utilizado os moldes do modelo inquisitivo e na fase processual, o do acusatório.

Busca-se, assim, através do presente estudo, se é possível resguardar a aplicação do direito constitucional disposto através do contraditório e ampla defesa quando ocorre o afastamento deste na fase investigativa. Para tanto, o presente estudo dar-se-á através de uma pesquisa qualitativa do tipo bibliográfica e documental, haja vista que pretende explorar o tema em debate através do exame de doutrinas, artigos, dispositivos legais e periódicos virtuais que busquem aferir o contraditório e ampla.

defesa na etapa pré-processual da perseguição criminal. Dentre essas garantias, pode-se destacar o contraditório e a ampla defesa, princípios constitucionais que norteiam o processo penal, tornando-o justo. No segundo capítulo deste trabalho será explanado cada um desses princípios, demonstrando sua importância para o ordenamento jurídico.

Por último, será realizada uma explanação sobre a aplicabilidade dos princípios durante o inquérito policial, tema muito controvertido entre os autores, demonstrando que a mitigação destes princípios no curso da investigação não vem a trazer empecilhos na busca de provas e indícios de autoria, mas sim possibilita que o inquérito policial seja um procedimento realizado de forma justa, obedecendo ao disposto na Constituição Federal, e dando ao acusado os direitos inerentes a ele, devendo o Estado, na qualidade de garantidor, inseri-lo nessa seara.

2 ABORDAGEM AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal de 1988, na busca pela proteção da dignidade da pessoa humana, traz em seu artigo 5º os direitos e garantias fundamentais inerentes aos cidadãos, consagrados em princípios constitucionais normativos, visando a sua fiel proteção.

De acordo com essa visão garantista trazida pela Constituição Federal, entende-se que o processo, além de ser utilizado como forma de aplicação do direito penal, deve ser também visto como um meio de proteger os direitos e garantias fundamentais conferidos aos indivíduos contra a força repressiva do Estado.

O Estado possui em suas mãos o direito-dever de punir na ocorrência de infrações penais, entretanto, por se tratar de um estado garantista, este deve realizar um equilíbrio entre o direito de punir e o direito de liberdade dos cidadãos. Em consonância a isto, caminhamos cada vez mais para a busca de um processo penal mais justo, devendo o mesmo ser guiado através dos princípios constitucionais no sentido em que fazemos parte de um Estado democrático de direito.

De vários princípios concernentes à Constituição Federal, temos os princípios do contraditório e da ampla defesa. O princípio do contraditório se caracteriza pela oportunidade dada às partes de ficarem cientes dos atos praticados pela outra parte durante o processo judicial, para que se possa apresentar a outra versão dos fatos e acompanhar as provas produzidas pela parte adversa. No que tange ao princípio da ampla defesa, o acusado deve ser tratado da mesma forma que a parte acusatória, devendo possuir os mesmos instrumentos de defesa da acusação, em consonância ao princípio da igualdade.

2.1 RINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa encontra-se previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, visando proteger o acusado em relação ao Estado pelo fato deste possuir um arsenal de instrumentos de defesa em relação ao acusado.

Dispõe o artigo 5º, LV, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É através deste princípio que se possibilita aos acusados incorporar aos autos todos os documentos necessários para que seja alcançada a verdade, podendo este calar-se ou omitir-se, se assim lhe convém, utilizando-se do direito de não produzir provas contra si.

Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 70) defende a ampla defesa como:

O direito de produzir as provas que bem quiser e entender, desde que não proibidas; direito de contraditar testemunhas; direito de recorrer das decisões que contrariem os interesses do acusado; direito de opor exceções (art. 95, CPP), de arguir questões prejudiciais; direito de trazer para os autos todo e qualquer elemento que contradiga a Acusação; direito de conduzir para o processo tudo quanto possa beneficiar o acusado; direito à “defesa técnica”, tal como se infere nos arts. 261 e 263 do CPP, sem embargo de poder exercer a “defesa material”, consistente em manifestação própria, na oportunidade do seu interrogatório. Quando alega um alibi, quando invoca uma excludente de ilicitude, quando nega a autoria, tudo integra a defesa material.

A ampla defesa se subdivide em autodefesa e defesa técnica. O primeiro se reporta à ideia de que o acusado, em algumas situações do processo, pode realizar a sua própria defesa, podendo ser disponível em decorrência do direito ao silêncio, como previsto no art. 5º, LXIII, CF, e no art. 186, do Código de Processo Penal.

A autodefesa pode ser representada através do direito de presença e direito de audiência. O direito de audiência se caracteriza através do qual o acusado, durante o momento do interrogatório, pode influenciar na convicção do juiz.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 63) aponta:

O direito de audiência pode ser entendido como o direito que o acusado tem de apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente. Esse direito se materializa através do interrogatório, já que é este o momento processual adequado para que o acusado, em contato direto com o juiz natural,

possa trazer ao magistrado sua versão a respeito da imputação constante da peça acusatória. Atualmente, como o acusado não é obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, por força do direito ao silêncio (CF, art.5º, LXIII), não podendo sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício dessa especial prerrogativa, entende-se que o interrogatório qualifica-se como meio de defesa. O interrogatório está relacionado, assim, ao direito de audiência, desdobramento da autodefesa.

No que tange ao direito de presença, está relacionada à possibilidade de o acusado acompanhar todos os atos processuais, podendo durante o seu curso se manifestar em razão de alguma prova ou alegação que vier a ser feita. Vale ressaltar que o comparecimento do acusado nos atos processuais não é obrigatório, entretanto, na sua ausência, deve estar presente algum defensor na audiência.

Segundo o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (BRASILEIRO, 2015, p. 64), é através do direito de presença que é assegurado ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar aos atos de instrução, auxiliando-o na defesa. Surge aí a importância de ser obrigatória a intimação do defensor e do acusado nos atos processuais.

Já a defesa técnica é aquela exercida através de um advogado que possua capacidade postulatória, sendo esta indisponível, como previsto no artigo 261 do CPP, conforme a redação, *in verbis*: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Sobre o tema, Leonardo Barreto Moreira Alves (2015, p.45) defende a defesa técnica como:

[...] aquela defesa promovida por um defensor técnico, bacharel em Direito, sendo ela indisponível, pois, em regra, o réu não pode se defender sozinho (art. 263, caput, do CPP) - apenas se ele for advogado é que poderá promover a sua própria defesa. A esse respeito, vale a pena destacar que, em havendo ausência do defensor técnico no processo (por falecimento, negligência ou qualquer outro motivo), o magistrado, antes de nomear novo defensor, sempre deverá intimar o acusado para que, no prazo por ele determinado, possa constituir novo defensor. Esse direito desconstituir o seu próprio defensor a qualquer tempo (art. 263, caput, do CPP) é assegurado ao réu ainda que ele seja revel, consoante entendimento do STJ (Informativo nº 430). Apenas no caso de omissão do acusado é que o juiz como fiscal do princípio da ampla defesa, deverá nomear novo defensor (ALVES, 2015, p. 45).

Desta forma, para que seja concretizada a garantia constitucional da ampla defesa, é necessário que seja

proporcionado de forma plena a autodefesa e a defesa técnica durante o processo judicial, a fim de se realizá-lo de forma justa e no caso de sua inobservância ocorrerá a nulidade dos atos processuais.

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório, também denominado de “princípio da bilateralidade da audiência” (TÁVORA, 2014, p. 56), se caracteriza pela possibilidade de ambas as partes se manifestarem no processo e na busca pelo convencimento do juiz. Este princípio encontra-se traduzido no binômio da ciência e participação, onde além da ciência dos atos praticados pela parte contrária, deve-se oportunizar a participação no processo através da produção de provas, de elaboração de pedidos, entre outros; e, através disto, possibilitar uma igualdade entre as partes na busca de suas pretensões, pressupondo, assim, a paridade de armas.

Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 54) dispõe sobre princípio do contraditório:

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (par conditio ou paridade das armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2015, p. 54).

Ainda que o acusado abra mão do seu direito de reação no processo, o Estado deve nomear um defensor pelo fato de ser uma imposição do ordenamento jurídico, ao trazer o contraditório como obrigatório na fase processual, podendo ser disponível apenas na fase investigativa, como dispõe o artigo 5º, LV, CF/88.

No que tange às provas, estas são usadas como elementos de convicção do órgão julgador, devendo ser produzidas no curso do processo e com a participação das partes, sob a égide do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 155, do Código de Processo Penal dispõe:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Deliberando acerca das diretrizes apresentadas pelo princípio do contraditório, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 56) aponta:

Por força do princípio ora em análise, a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para a busca da verdade. De fato, as opiniões contrapostas das partes adversas ampliam os limites da cognição do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão da demanda e diminuem a possibilidade de erros (LIMA, 2015, p. 56).

Deste modo, o contraditório trata-se de uma garantia constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito, devendo ser concedido a ambas às partes, de forma igualitária, devendo o magistrado analisar os argumentos e as provas produzidas, caso contrário restará comprometida a sua imparcialidade.

3 INQUÉRITO POLICIAL

Ao Estado pertence o dever de manter a paz social e de resolver os conflitos presentes na sociedade, e para que isto ocorra, ele se utiliza do seu direito de punir no instante em que é cometida uma infração penal, sendo amparado pelas normas penais incriminadoras, por possuir em suas mãos a jurisdição. Levando em consideração que a partir deste direito de punir o Estado retira do indivíduo sua liberdade, é imprescindível que ocorra o respeito aos direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente, ao passo que só será possível a aplicação de pena se for demonstrado o mínimo de elementos probatórios.

É nesse contexto que surge a figura da persecução criminal, que se caracteriza pelo caminho que o Estado percorre na busca pela pretensão punitiva, subdividindo-se em duas fases: a do inquérito policial (atividade preparatória da ação penal, com caráter informativo e inquisitorial) e da ação penal (julgamento da pretensão punitiva no processo).

Sobre o inquérito policial, este possui a finalidade de conceder os elementos de informação referentes a autoria e materialidade do fato, para que seja viável a acusação por parte do titular da ação penal.

Deliberando acerca da definição de inquérito policial e sua relevância à persecução criminal, Renato Brasileiro de Lima (2015, p.109) relata:

Trata-se de um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade po-

licial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Esta fase investigativa é tida como um procedimento dispensável para o processo penal, uma vez que não é utilizado para fins de convencimento do julgador, como afirmam a maioria dos juristas, até mesmo por se tratar de uma fase inquisitorial, ou seja, não possui a observância da ampla defesa e do contraditório.

O inquérito policial é tido como mero procedimento de informação, entretanto vai muito além disso. É a partir do inquérito policial que se forma a convicção do Ministério Público quanto à materialidade e autoria do caso, constituindo um juízo de culpa, ao passo que as provas e os indícios apurados durante o mesmo servem de subsídio na análise da conduta delitativa, analisado pelo magistrado já durante o curso da ação penal, se esses elementos forem complementares aos outros indícios obtidos através do contraditório.

Observa-se decisões exaradas no âmbito de Tribunais acerca do assunto:

PROCESSO PENAL. NULIDADE DA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE QUE O MAGISTRADO FUNDAMENTOU A SUA DECISÃO EXCLUSIVAMENTE COM AS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. APONTADA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VEREDICTO QUE UTILIZA A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO APELANTE REFERINDO, CONTUDO, OUTROS ELEMENTOS OBTIDOS EM JUÍZO. EIVA INEXISTENTE. Não padece de nulidade a sentença que utiliza como fundamento a confissão extrajudicial do acusado, referindo, também, outras provas obtidas na fase do contraditório, que sustentam aquela. “[...]. **Não se deve, entretanto, desconsiderar os elementos amealhados no inquérito policial, que, apesar de insuficientes, por si só, para sustentar a condenação, mostram-se hábeis na formação do convencimento do Magistrado. O vocábulo exclusivamente, utilizado pelo legislador, possui esse alcance: a prova extrajudicial, isoladamente considerada, não se revela apta a fundamentar uma decisão. No entanto, não deve ser totalmente ignorada, podendo se agregar à prova produzida em juízo, servindo como mais um elemento na formação da convicção do julgador, sobretudo porque colhida, via de regra, de forma imediata, logo após a prática delitosa**”. (TJ-SC - APR: 71295 SC 2009.007129-5, Relator: Sérgio Paladino, Data de Julgamento: 22/06/2009, Segunda Câmara Criminal, Data de

Destaca-se, assim, os ensinamentos explanados por Nestor Távora (2014, p. 98):

O inquérito não é imprescindível para a propositura da ação penal. Se os elementos que venham lastrear a inicial acusatória forem colhidos de outra forma, não se exige a instauração do inquérito. Tanto é verdade que a denúncia ou a queixa podem ter por base, como já ressaltado, inquéritos não policiais, dispensando-se a atuação da polícia judiciária. Contudo, se o inquérito for a base para a propositura da ação, este vai acompanhar a inicial acusatória apresentada (art.12 do CPP).

Em consonância a isto, é imperioso ressaltar que o inquérito vai muito além da ideia de um procedimento dispensável, uma vez que se trata de um verdadeiro direito do indivíduo de que, antes de ser parte em um processo criminal da qual produz vários constrangimentos ao acusado, é necessário que se faça demonstrada à materialidade e autoria do crime, a fim de se demonstrar a presença da justa causa.

4 A MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DO INQUÉRITO POLICIAL

Caracterizado como um procedimento administrativo a fim de se obter elementos de informação quanto à materialidade e autoria de determinada infração penal, o inquérito policial é utilizado pelo Estado como instrumento para manter a paz social, da qual cabe ao acusado aguardar o fim das investigações para saber se o titular da ação penal irá ou não denunciá-lo (TÁVORA, 2014, p. 88).

O inquérito policial pode ser compreendido como um procedimento investigativo que possui suas raízes no sistema inquisitorial que prevaleceu no Brasil durante a Idade Média, onde havia a presença da sigiliosidade durante as investigações, a tortura como meio de se obter confissões e a verdade sobre os fatos, o poder de acusar e julgar concentrado nas mãos de uma única pessoa, sem a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não obstante, é imperioso ressaltar que mesmo com a ausência destes princípios, o acusado/indiciado possui direitos fundamentais que devem ser respeitados durante a investigação, como o direito de silêncio, o direito de assistência.

O sistema adotado no Código de Processo Penal denomina-se de sistema misto, onde na fase investigativa há prevalência das características do modelo inquisitivo e durante a ação penal usam-se os moldes do sistema acusatório, com a observância das garantias fundamentais inerentes ao indivíduo.

Assim, no que tange ao princípio do contraditório no inquérito policial, prevalece na doutrina e no entendimento jurisprudencial que este princípio não se aplica nesta fase pelo fato de se tratar apenas de um procedimento administrativo e não de um processo judicial, onde sua presença poderia gerar riscos na investigação e na colheita de indícios se o acusado tivesse conhecimento da demanda policial.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 114) destaca:

[...] se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado de causa, e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão (LIMA, 2015, p. 114).

Entretanto, com o advento da Carta Magna, que traz expressamente o princípio do contraditório em seu artigo 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, esse entendimento vem sendo alterado, de forma que os autores estão cada vez mais aderindo a esta corrente com o fundamento baseado na disposição supracitada da Constituição Federal.

À luz do entendimento voltado para a compreensão do artigo 5º da Lei Maior, disposta anteriormente, garantindo a presença do contraditório no inquérito policial, este não pode ser obstaculizado apenas por uma mera distinção entre procedimento e processo.

Em virtude disto, podemos destacar no que tange às provas obtidas durante a fase investigativa, que estas são incluídas ao processo e servem como elementos de convicção do julgador, mesmo que de forma implícita, podendo ser utilizados de forma subsidiária, como meio de complementar as provas obtidas sobre o lustre do contraditório.

Em razão de nesta fase inquisitorial, em determinadas ocasiões, ocorrer à produção de provas não repetíveis e antecipadas como as perícias, exames de corpo de delito, por exemplo, seria impensável o acesso apenas à parte acusatória, aplicando-se, assim, o contraditório diferido.

No entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 22) sobre o princípio do contraditório:

[...] a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão su-

perpartes, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada um o que é seu.

Enquanto o contraditório está voltado para a regulação do processo, a ampla defesa, garantida constitucionalmente pelo artigo 5º, está voltada ao indivíduo, oportunizando ao acusado a utilização de todos os meios possíveis para defender-se da arbitrariedade estatal que está sempre em posição favorecida em face do acusado.

O que se pode perceber é que a prevalência destes princípios durante o inquérito não prejudicam a investigação, como a maioria dos doutrinadores defende, ao passo que apenas traz mais legitimidade através da efetivação destas garantias.

Em relação a isto, deve-se atentar ao fato do inquérito policial servir como uma preparação para a ação penal, onde possui fundamental importância para o processo penal, devendo oportunizar o contraditório e a ampla defesa durante esta fase, com direito a assistência técnica em todos os atos praticados, pois o que se percebe é uma imensa desigualdade entre acusador e acusado durante a persecução criminal, em que o órgão acusador possui um amparato estatal muito forte enquanto o acusado só tem a favor de si as suas próprias forças.

É em virtude desta desigualdade que se tem o dever de oportunizar ao investigado um inquérito policial revestido pelo contraditório e ampla defesa, garantindo ao acusado o direito à igualdade entre as partes como previsto no artigo 5º da Lei Maior.

Em 12 de janeiro de 2016 foi publicada a Lei nº 13.245/16, que versa sobre este assunto, abordando a possibilidade do contraditório e da ampla defesa durante a fase preliminar de investigação. Esta lei vem a trazer uma maior amplitude de defesa durante a fase investigativa, possibilitando uma persecução criminal baseada de forma integral a partir dos princípios constitucionais que baseiam o nosso Estado Democrático de Direito.

A Lei supracitada alterou a redação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994), inserindo em seu artigo 7º os incisos XIV e XXI, que passam a assegurar ao advogado:

[...]

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.

O que se verifica nas doutrinas majoritárias é que em relação a determinados vícios ou nulidades presentes no inquérito policial não poderiam afetar a ação penal, e com esta modificação fica clara a nulidade absoluta do interrogatório e de todos os elementos colhidos a partir deste, se houver a obstrução da defesa durante este ato, podendo incidir consequências até mesmo na fase processual no que tange ao acolhimento de provas, nos possíveis casos de confissões ou delações, ao passo que esse vício tem condão de gerar nulidade.

O inquérito policial possui como característica o fato de ser “dispensável”, entretanto, o que se percebe é que a maioria das ações penais possui a investigação criminal de forma preliminar, neste caso devendo ser observados as garantias constitucionais, ao passo que, para que um indivíduo venha a ser processado, é necessário que se possuam indícios suficientes quanto a sua autoria, devendo este procedimento ser devidamente regulamentado.

Desta forma, busca-se reforçar a mitigação dos princípios da ampla defesa e contraditório, sem retirar as características precípuas ao inquérito policial, nem prejudicar o objetivo das investigações.

Esta lei vem a viabilizar a presença da defesa nesta fase preliminar, que pode retirar do indivíduo direitos como a intimidade, o patrimônio e até a sua liberdade, como ocorre nos casos de prisões cautelares, onde o estado deve se atentar ao fato de que, além de possuir o dever de punir possui também o dever de tutelar a liberdade, retirando esta apenas em casos excepcionais e com uma justificativa plausível, estando presente mais um motivo para que seja oportunizado ao investigado o seu direito de defesa.

Uma das modificações mais relevantes se refere aos direitos do advogado, onde se reporta a ideia de que o advogado pode “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de prisão em flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”.

A Súmula Vinculante nº 14 do STF denota compreensão equivalente ao acesso do advogado aos autos da investigação criminal, estatuinto ser direito do advogado o amplo acesso aos elementos de prova que se encontrem insertos nos autos do inquérito policial, apresentando-se tal intento como corolário do direito de defesa do indiciado.

Ao versar sobre o assunto, Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 107) dispõe:

Logo, como o inquérito policial é mera peça informativa, eventuais vícios dele constantes não têm o condão de contaminar o processo penal a que der origem. Havendo, assim, eventual irregularidade em ato praticado no curso do inquérito, mostra-se inviável a anulação do processo penal subsequente.

Não obstante, é necessário ressaltar que a assistência técnica durante a investigação ou interrogatório do indiciado não é obrigatória, entretanto, uma vez cerceada o direito do defensor, estará presente à nulidade, cabendo à autoridade responsável por presidir o inquérito policial manter o indiciado ciente dos seus direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar a importância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente protegidos pela Constituição Federal, no âmbito do processo penal e, principalmente, da importância da aplicação destes princípios na fase investigativa, que apesar das divergências apresentadas pela doutrina majoritária neste assunto, vem se caminhando cada vez mais para um entendimento favorável.

O inquérito policial, como explanado ao longo desta pesquisa, trata-se de um procedimento administrativo que possui como finalidade a colheita de elementos para que se encontre o agente que praticou determinado delito penal e a ele se imponha a devida ação penal, motivo este que caracteriza o inquérito policial como uma arma utilizada pelo Estado para promover o bem estar social, combatendo a criminalidade e trazendo uma maior confiança a população.

Em relação ao inquérito policial, foi debatido durante este trabalho a polêmica acerca da presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa na seara investigativa, onde a maioria da doutrina e da jurisprudência são contra sua aplicabilidade, sob o fundamento de que não há acusação durante o inquérito policial, portanto, não há o que se falar em contraditório e defesa, bem como a presença destes elementos poderiam prejudicar o andamento das investigações se o indiciado tivesse conhecimento da demanda.

Entretanto, a Constituição Federal prevê a presença destes princípios inerentes aos acusados em geral, e este entendimento está cada vez mais sendo aceito por parte da doutrina. Em relação a isto, é importante ressaltar que recentemente houve a criação da lei nº 13.245/16, que traz modificações no Estatuto da OAB no que tange aos direitos dos advogados, ampliando a presença dos princípios da ampla defesa e do contraditório durante o inquérito policial, ao passo que viabiliza

a defesa durante esta fase, possibilitando ao advogado o acesso aos documentos investigativos, aos autos de prisão em flagrante, copiar peças e tecer apontamentos, entre outros.

Outra modificação realizada por meio desta lei vai de encontro ao entendimento presente na maioria das doutrinas, no que se refere à possibilidade de vícios presentes durante a fase investigativa se estender a ação penal, neste caso a lei prevê que na ocorrência do cerceamento da defesa acarretará na nulidade absoluta de todos os atos, e se estes estiverem incidência na ação penal, conseqüentemente esta será afetada.

Assim, a adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial, mesmo que de forma mitigada, por se tratar de um procedimento diverso do processo judicial e com suas características inquisitórias, iria fornecer ao processo um status não apenas de um mero procedimento informativo, mas traria uma força probatória ao processo e, principalmente, proporcionaria que ocorresse um processo mais justo e com sua devida condenação.

Desta forma, a solução para a diminuição da criminalidade em nossa sociedade não é a adoção de medidas arbitrárias como meio de apenas aplicar sanções penais de todo e qualquer custo, mas, sim, conferindo a esses indivíduos o mínimo de direitos conferidos pela Constituição Federal concernente a um Estado democrático de direito garantista.

REFERÊNCIAS

ALVES, L. B. Moreira. **Direito Processual Penal-Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2016.

_____. **Decreto-lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Lei n. 8.906 de 04 de julho de 1994**. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão em recurso de apelação n.º 7195-SC**. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de

Santa Catarina. Relator: Desembargador Sérgio Paladino. DJ, 22 jun. 2009. Disponível em: < <http://www.tjsc.jus.br/institucional/diario/a2012/20120146300.PDF>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

FREITAS, M. E. **O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11907>>. Acesso em: 02 mai. 2009.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. Juspodivm: São Paulo, 2015.

SILVA, S. L. **O princípio do contraditório no inquérito policial**. Disponível em <<http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/178/176>> Acesso em 01 de mai. 2016.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. Juspodivm: São Paulo, 2014.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOBRE A AUTORA

Semiramys Fernandes Tomé

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá lecionando as disciplinas de de Prática Civil, Direito Penal II, Direito Penal IV, Direito Processual Penal I e II desde 2012.2. Docente convidada do Módulo de Direito Penal - Parte Especial do curso de pós-graduação em Direito e Processo Penal em 2014.2 da Faculdade Católica Rainha do Sertão - FCRS. Lecionou as disciplinas de Direito Civil VI (Sucessões) e Prática Penal junto ao Centro Universitário Católica de Quixadá. Advogada atuante no Estado do Ceará, inscrita na OAB/CE sob o nº 22.066. É especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Vale do Acaraú- UVA (2010). Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2009.1). Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito e Processo do Trabalho e Direito e Processo Penal. Membro do grupo de pesquisa tutela penal e processual dos direitos e garantias fundamentais junto ao CNPQ (Universidade de Fortaleza). Membro do grupo de pesquisa Mulheres e Política (Universidade de Fortaleza). Membro do grupo de pesquisa sobre ensino e pesquisa no direito - Gepe- di junto ao CNPQ (Univerisdade de Fortaleza) Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Funcap É autora de diversos artigos e capítulos de livro sobre temas de significativo relevo na área jurídica.

E-mail: semiramys@unicatolicaquixada.edu.br